ADECUACION DE LA PENA PARA EL DELITO DE OMISION A LA ASISTENCIA FAMILIAR, SEGÚN EL PRINCIPIO DE INTERES SUPERIOR DEL NIÑO.

SAENZ LIJARZA, Aarón Marcelo Misael[1]
Universidad Tecnológica del Perú
U20222516@utp.edu.pe
Código ORCI: https://orcid.org/0000-0002-4336-6972

RESUMEN

En el presente artículo se busca analizar los alcances del delito de omisión a la asistencia familiar y la adecuación de la pena aplicable, en atención al principio de interés superior del niño; generando como efecto inmediato una integra protección a los menores, una función resocializadora para los sujetos activos del delito, la protección a la familia en calidad de interés máximo del Estado y el estricto cumplimiento de los derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado y los tratados internacionales de los que Perú es parte. Es mediante dichos elementos que se busca establecer que la pena privativa de la libertad no resulta idónea para el hecho punible, por ende, se debería de adecuar la pena para el delito de omisión a la asistencia familiar, reformándola como una modalidad de trabajo forzado para el cumplimiento del pago de sus obligaciones alimenticias; mediante una interpretación tuitiva, teleológica y deontológica; bajo los alcances constituciones y convencionales del derecho de trabajo.

PALABRAS CLAVE: Trabajo, interés superior del niño, delito de omisión a la asistencia familiar, pena y trabajo.

ABSTRAC

This article seeks to analyze the scope of the crime of omission of family assistance and the adequacy of the applicable penalty, in accordance with the principle of the best interest of the child; generating as an immediate effect a complete protection of minors, a resocializing function for the active subjects of the crime, the protection of the family as the best interest of the State and the strict compliance with the rights recognized by the Political Constitution of the State and the international treaties to which Peru is a party. It is through these elements that we seek to adapt the penalty for the crime of omission of family assistance, reforming it as a modality of work to comply with the payment of their maintenance obligations; through a protective interpretation, under the scope of the Constitution and conventions.

KEY WORDS: Work, best interests of the child, crime of omission of family assistance, punishment and work.

[1] Estudiante de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica del Perú. Experiencia en Investigación Jurídica y Académica en la Escuela de Investigación Social HNG. Asistente Legal.

Índice

RESUMEN **1**

ABSTRAC **1**

ÍNDICE **2**

1 INTRODUCCIÓN **4**

2 TEORÍA DE LA PENA **4**

2.1 TEORÍA ABSOLUTA 4
2.2 TEORÍA RELATIVA 5
2.2.1 Prevención General *5*
2.2.1.1 Positiva 5
2.2.1.2 Negativa 6
2.2.2 Prevención Especial *6*
2.2.2.1 Positiva 6
2.2.2.2 Negativa 7
2.3 TEORÍA MIXTA 7
2.4 CRITERIO ADOPTADO POR EL ESTADO PERUANO 8

3 TIPOS DE PENA RECONOCIDOS POR EL CÓDIGO PENAL **9**

3.1 PRIVATIVA DE LA LIBERTAD 9
3.2 RESTRICTIVA DE LA LIBERTAD 9
3.3 LIMITATIVAS DE DERECHOS 10
3.4 PENAS MULTA 10

4 DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR **10**

4.1 BIEN JURÍDICO TUTELADO 10
4.2 NATURALEZA DEL DELITO 11
4.3 NATURALEZA JURÍDICA DE LA ASISTENCIA FAMILIAR 12
4.3.1 Derecho de alimentos *12*
4.3.1.1 Naturaleza patrimonial 12
4.3.1.2 Naturaleza personal 12
4.3.1.3 Naturaleza Sui Generis 13
4.3.1.4 Postura adoptada 13

5 ADECUACIÓN DE LA PENA -TRABAJO OBLIGATORIO **14**

5.1 FUNDAMENTOS 14
5.1.1 Principio de Interés superior del niño *14*
5.1.2 Principio de resocialización *15*
5.1.3 Función tuitiva del Estado *15*
5.2 TRABAJO OBLIGATORIO EN EL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR Y LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. 16
5.2.1 La doble percepción del derecho al trabajo *16*
5.2.1.1 Deber 17
5.2.1.2 Derecho 17
5.3 TRABAJO OBLIGATORIO EN EL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES 17
5.3.1 Los derechos laborales reconocidos en la OIT *17*
5.3.1.1 Abolición del trabajo infantil 17
5.3.1.2 Derecho a no discriminación 17
5.3.1.3 Derecho de libertad sindical 17

5.3.1.4 Derecho no trabajo forzado 17
5.3.2 La prohibición al trabajo forzado 17
5.3.2.1 Naturaleza jurídica prohibición de trabajo forzado 17
5.3.2.2 Excepciones a la prohibición del trabajo forzado 17
5.3.3 Diferencia trabajo obligatorio para el delito de omisión asistencia familiar y trabajo comunitario 17
5.3.3.1 Naturaleza Jurídica de trabajos comunitarios 17
5.3.3.2 Naturaleza Jurídica de trabajo obligatorio 17
5.4 ADECUACIÓN NORMATIVA 17
5.5 REQUISITOS DE APLICACIÓN 17
CONCLUSIONES 17
REFERENCIAS 17

1 Introducción

En nuestro país se encuentran tipificadas en el Código Penal de 1991 una serie de conductas que tanto el Estado como la sociedad reprochan, debido a su alto índice de afectaciones a bienes jurídicos. Entre estas conductas tipificadas se encuentra el de la omisión a la asistencia familiar, conducta típica regulada en el artículo 149 del Código Penal. El tipo penal en concreto establece como sanción una pena máxima de 3 años privativa de la libertad, para aquellos sujetos que incumplan su obligación de prestar alimentos que estén determinados en una resolución judicial.

Es esta sanción privativa de libertad la que se ha venido utilizando frente a las omisiones de la asistencia familiar en los últimos años, sanción que genera más efectos negativos que positivos, razón por la que empezó a resonar la controversia de ¿Qué tipo de pena sería más idónea para los delitos de omisión a la asistencia familiar? En este sentido es que se ha desarrollado el presente trabajo, en relación a la ADECUACION DE LA PENA PARA EL DELITO DE OMISION A LA ASISTENCIA FAMILIAR, SEGÚN EL PRINCIPIO DE INTERES SUPERIOR DEL NIÑO. El objetivo planteado para el presente trabajo es establecer que la pena privativa de la libertad no resulta idónea para el hecho punible, razón por la que se debería de adecuar la pena en este delito, reformándola como una modalidad de trabajo forzado para el cumplimiento del pago de sus obligaciones alimenticias.

2 Teoría de la Pena

El derecho penal a lo largo de los años ha venido regulando una serie de posturas teóricas que respaldan los mecanismos de aplicación de la misma y la naturaleza de las sanciones que impone. Al respecto de las sanciones, en los últimos años se han venido desarrollando una serie de posturas que se desprenden según como siguen:

2.1 Teoría Absoluta

En primer lugar, la teoría absoluta de la pena o también conocida como teoría retributiva de la pena[2] establece como objetivo primordial de la sanción penal el castigo por la conducta realizada del sujeto activo. En la antigüedad se podía apreciar la utilización de esta postura mediante la denominada Ley de Talión[3] debido a que, en dichas épocas la justicia era aquella a la que uno podía acceder por acción directa, en su mayoría, sin la necesidad de contar con mecanismos procesales que faciliten la ejecución de la pena.

Es mediante esta postura que la denominada ley *"ojo por ojo, diente por diente"* en atención a los lineamientos sobre los que se funda la teoría retributiva busca establecer como límite de la pena una retribución de la conducta realizada

[2] Alcocer, E. (2014) *"Introducción al Derecho Penal" (pg. 20)*

[3] Gonzáles, M. (2015) *"Ley de Talión- Una aproximación"* Universidad de Vigo, Programa de Maiores. Disponible en: https://caumas.org/wp-content/uploads/2017/11/La-Ley-del-Talio%CC%81n.pdf

por el sujeto activo; valga decir, una consecuencia semejante o equiparable al daño primigenio, no pudiendo ser superior al mismo.

Posteriormente, fue aplicado en la edad media mediante las denominadas expiaciones[4] que realizaba el cristianismo, que se fundamentaba en la expulsión del mal mediante el uso del dolor hacia el que lo habría cometido. Sin duda alguna, esta postura fue ampliamente utilizada a lo largo de la historia, empero, fue totalmente rebatible en las últimas décadas. Una de los contra argumentos que más resalta es la de Kant, que mediante la formulación de su imperativo categórico[5] que el hombre es fin mas no medio de la sociedad, no resultaría aplicable una pena retributiva, no obstante a la crítica de que la sanción que se interpone mediante esta postura *[pena retributiva]* se realiza independientemente de su utilidad para con la sociedad.

2.2 Teoría Relativa

Por otro lado, las posturas relativas, analizan la naturaleza jurídica de la pena más allá de la retribución, proyectándola a efectos personales como sociales, conforme se desprende.

2.2.1 Prevención General

2.2.1.1 Positiva

Esta perspectiva dista mucho de la negativa, puesto que para los defensores de la prevención general positiva el Estado mediante la pena debe buscar lograr 3 objetivos. En primer lugar, el efecto del aprendizaje de los sujetos, quienes podrán recocer que acciones se encuentran permitidas y cuales no por el Estado, también conocida como efecto pedagógico[6]. En segundo lugar, la confianza en el derecho que se generaría en la sociedad, debido a la efectiva estructura de la normativa penal y las consecuencias o sanciones que impone frente a la comisión de conductas punibles. Y por último, el efecto pacificador[7], debido a que, lo que se busca en general es tranquilizar a la sociedad frente a la comisión de conductas inapropiadas y/o lesiones a bienes jurídicos.

En ese mismo orden de ideas es que se señala desde la doctrina que el derecho penal o la estructura del derecho penal, no busca al delincuente o a personas que ya tengan tendencia criminal, sino que, busca aquellas personas fieles al ordenamiento jurídico. En consecuencia, para efectos de interpretación de esta postura la pena no buscaría intimidar o amenazar a los delincuentes, sino que busca estructurarse como sistema de orden social, desde una perspectiva preventiva.

---

[4] Alcocer, E. (2014) *"Introducción al Derecho Penal" (pg. 21)*

[5] Torralba, J. (2011) *"Teoría Kantiana de la Acción. De la noción de máxima como regla autoimpuesta a la descripción de la acción"* Tópico 41. Scielo. Disponible en: https://www.scielo.org.mx/pdf/trf/n41/n41a2.pdf

[6] Alcocer, E. (2014) *"Introducción al Derecho Penal" (pg. 25)*

[7] Alcocer, E. (2014) *"Introducción al Derecho Penal" (pg. 26)*

2.2.1.2 Negativa

En esta teoría que según Alcocer, E (2014), se encuentra encabezada por Feuerbach, la pena frente a la sociedad o el común de las personas mantiene objetivos intimidadores relacionados con el amenazar a la sociedad para que en el transcurso de su vida no cometan los injustos. Esta postura también es comprendida como la coacción psicológica[8], debido a que va dirigida a las personas como entes racionales, quienes se sentirán intimidados por la existencia de este ilícito penal.

Respecto a ello es que se ha generado la mayoría de críticas a la aplicación absoluta de la prevención general negativa, debido a que su aplicación única "devendría en el incremento desmedido a fin de aminorar la expectativa de beneficio que pudiera tener el delincuente con la conducta criminal" según como lo señalo Sánchez, S (2014). Es por ello, que si el legislador se centra únicamente en analizar el mecanismo disuasivo de la pena que podría generarse en la sociedad, se estaría centrando a una problemática punitiva muy grave, dado que mediante esta ecuación de intimidación igual seguridad, se estaría rompiendo los parámetros de proporcionalidad, culpabilidad, razonabilidad e idoneidad de la pena y/o facultad punitiva del Estado.

Sobre esa misma orden de ideas es que Alcocer, E (2014) citando a Robinson hace referencia a las principales problemáticas de la teoría general negativa, las cuales radica en el hecho de que la mayoría de delincuentes no conocen de modo directo o indirecto la norma que están o van a infringir, por ende, la sanción que le correspondería a su actuar; no obstante a ello, en el supuesto y negado caso de que conocieran el delito que están cometiendo y la pena que se les podría imponer, ellos actúan bajo el supuesto de no ser descubiertos por las autoridades y bajo el análisis de costo- beneficio respecto a si su fechoría resulta o no más beneficiosa que la sanción que se les imputa. Es por estos argumentos que se considera que tampoco se cumpliría la función disuasiva.

2.2.2 Prevención Especial

2.2.2.1 Positiva

En esta posición lo que se busca en esencia es tratar de evitar que el autor de un ilícito vuelva a cometerlo a futuro[9], que en especial se logran mediante aquellas penas que tienen la característica de no privativas de la libertad o penas privativas que sean cortas. Es así que se puede señalar que en esencia lo que busca este modelo de prevención especial positiva es lograr que el sujeto que cometió el delito interiorice que ese actuar es inadecuado y pueda, hacia el futuro, evitar cometer esos actos.

Entre las funciones generales que mantiene esta postura de la pena, se destacan las de preventiva, protectora y resocializadora[10], dado que se persigue

---

[8]Villavicencio, F. (2016) *"Introducción al Derecho Penal"*
[9] Alcocer, E. (2014) *"Introducción al Derecho Penal" (pg. 28)*
[10] Alcocer, E. (2014) *"Introducción al Derecho Penal" (pg. 27)*

una correcta y adecuada curación, tutela de derechos y rehabilitación del sujeto actor.

2.2.2.2 Negativa

En esta posición lo que se busca en términos generales es disuadir la peligrosidad del sujeto respecto a la sociedad. Seguidores de esta teoría se centran en el análisis de que mediante la pena se logra prevenir los delitos por intermedio de la separación de los delincuentes por convicción, con la finalidad de salvaguardar los intereses de la sociedad. En tal sentido, su eficacia o efectividad estaría estrechamente relacionada con el tiempo o la forma en la que el sujeto es separado de la sociedad o como se evita que sus acciones trasgredan bienes jurídicos protegidos; como son los casos que plantea Lopez, L (s/f) respecto a la pena de muerte para aquellos avezados criminales que reinciden en la comisión de delitos, para los delincuentes terroristas, narcotraficantes; o las castraciones químicas para los violadores; entre otras[11].

Es así que en la doctrina se ha denominado a las penas no privativas de la libertad como admonitoras y las penas privativas de la libertad como inocuizadoras[12]. No obstante a ello, para que se pueda aplicar cualquiera de las dos medidas, tanto la positiva como la negativa, es indiscutible el centrarnos en el debate de qué tipo de criminal es frente al que nos encontramos en determinados tipos penales. Es por ello, que la prevención es especial, según lo señalado por Alcocer, E. (2014) deberá de analizarse desde una perspectiva de política criminal, donde se puede distinguir claramente a 3 tipos de delincuentes en general. Los primero son aquellos delincuentes ocasionales, para el que la pena únicamente se direccionarán a recordar que se inhiba a cometer determinados delitos. El segundo es el delincuente no ocasional pero corregible, frente al cual, la pena únicamente se debe direccionar a una corrección y reeducación. Y por último, estamos frente al delincuente habitual e incorregible, delincuente a los que se les inocuizara con la finalidad de salvaguardar los intereses de la sociedad, mediante su aislamiento que podría llegar a ser perpetuo.

2.3 Teoría Mixta

Por último, se encuentra la teórica mixta, que es la dominante en la mayoría de regulaciones legislativas, debido a que se encarga de unificar aspectos generales de las dos posturas antes señaladas, generando con ello, una relación de justicia y utilidad de la pena; es por ello que se señala que la pena debe de ampararse en la existencia de culpabilidad, proporcionalidad y al mismo tiempo el evitar la comisión de delitos. Entre los principales exponentes podemos

---

[11] Lopez, L. (s/f) *"Apuntes sobre la prevención especial o individual de la penal" Disponible en:* https://pdf4pro.com/cdn/apuntes-sobre-la-prevenci-211-n-especial-o-individual-4168fe.pdf. La *inocuizacion* se manifiesta mediante una función preventiva, toda vez que extrae al delincuente de la sociedad con la finalidad de evitar que exprese su peligrosidad en la sociedad, que se manifiesta mediante las penas altas privativas de la libertad, pena de muerte u otra de alta afectación. Mientras que la pena *admonitora* es aquella que se refleja mediante penas de mayor afectación tales como las no privativas de libertad y penas cortas privativas de libertad, expresado básicamente hacia los delincuentes ocasionales o habituales resocializables.

[12] Lopez, L. (s/f) *"Apuntes sobre la prevención especial o individual de la penal"*(pg. 5)

encontrar a Roxin, el cual señala que deben existir 3 fases[13]. La primera es la conminación donde primará la función preventiva general de la pena, debido a que mediante ella se buscara la protección preventiva de los diversos bienes jurídicos. En la segunda esta la aplicación judicial, donde deberá de primar el fin u objetivo retributivo de la pena, sin dejar de tomar en cuenta la función preventiva. En tercer lugar la ejecución de la pena, que se direccionara a la resocialización del delincuente; es así que según como señala el Alcocer, E. (2014) [las condiciones de la teoría mixta]

> *Consiste en anular, renunciando al pensamiento retributivo, los pensamientos absolutos de los respectivos y, por lo demás divergentes pensamientos teóricos de la pena; de tal forma que sus aspectos acertados sean conservados en una concepción amplia y que sus deficiencias sean amortiguadas a través de un sistema de reciproca complementación y restricción.* (pg. 31)

2.4 Criterio adoptado por el Estado peruano

Referente a las teorías esbozadas líneas arriba, el Estado peruano mediante el Tribunal Constitucional[14] valido la postura de la teoría mixta de la pena, por ende, aceptando las funciones retributivas, de prevención especial y de prevención genera, en sus dos modalidades.

Es por ello, que para efectos prácticos la postura *[mixta]* aceptada por el Tribunal Constitucional desarrolla que la pena, y en general el derecho penal, debería reaccionar únicamente sobre los hechos, descartando *de facto* el uso del derecho penal y la pena como instrumento de posición frente a fines utilitarios posteriores. La aplicación de esta postura en genera ha generado gran debate en la sociedad, debido a que se sobrepone a la persona ante los fines sociales desde una perspectiva muy extrema, hecho que fue señalado por nuestro propio Tribunal Constitucional:

> *Esta teoría no solo carece de todo sustento científico, sino que es la negación absoluta del principio- derecho a la dignidad humana, reconocida en el Art. 1 de nuestra Constitución Política, conforme al cual "la defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado.* (***STC N° 0019-2005-PI/TC*** **- Fundamento 7**)

No obstante a lo antes señalado, la legislación peruana, en aspectos facticos se aprecia o percibe una grave problemática, debido a que en general se está desnaturalizando e incumple los pilares establecidos por la teoría mixta de la pena[15], ello generado aspectos intrínsecamente relacionados al endurecimiento de

[13] Alcocer, E. (2014) *"Introducción al Derecho Penal" (pg. 31)*

[14] Tribunal Constitucional (2005) *STC N° 0019-2005-PI/TC*

[15] La primera es la conminación donde primará la función preventiva general de la pena, debido a que mediante ella se buscara la protección preventiva de los diversos bienes jurídicos. En

la pena o creación de tipos penales como modelo criminológico que no resulta beneficioso para la sociedad ni para el Estado.[16]

3 Tipos de pena reconocidos por el Código Penal

Ahora bien, una vez conocido los fundamentos teóricos sobre los que se sustenta o sostiene la pena y las posturas adoptadas por mayoría en la doctrina peruana y por el mismo Tribunal Constitucional, es menester desarrollar y desglosar los tipos de penas que se encuentran reconocidos por nuestro Estado

3.1 Privativa de la libertad

En primer lugar las penas privativas de la libertad, consagrado en el Art. 28 y siguientes del Código Penal; se encarga de imponer la obligación de permanecer encerrado en un centro penitenciario[17] a aquel sujeto que haya sido condenado por intermedio de un proceso penal. En consecuencias, la ejecución de esta modalidad de pena no representa otra cosa más que la pérdida del derecho a la libertad ambulatoria por un tiempo determinado, establecido en el mismo tipo penal que reprocha la acción ilícita cometida por el sujeto.

3.2 Restrictiva de la libertad

En segundo lugar, esta modalidad de pena puede ser considerada como la utilizada únicamente contra aquellos que no son peruanos, puesto que su aplicación, conforme a lo establecido en el Art. 30 del Código Penal, es únicamente aplicable a extranjeros. Al respecto podemos mencionar el hecho de que la norma no hace la distinción entre extranjeros de nacimiento que hayan adquirido la nacionalidad peruana o aquellos extranjeros que se encuentran de forma temporal en Perú sin haber adquirido la nacionalidad.

En extremo, esta precisión resulta indispensable para la aplicación concreta de la norma, toda vez que un sujeto de origen extranjera que haya adquirido posteriormente la nacionalidad peruana podría *de facto* verse afectado por lo establecido en el artículo antes citado; afectándose *perse* los derechos adquiridos por la nacionalidad peruana. Sin perjuicio de la atingencia esbozada líneas arriba, para el análisis del caso concreto podemos mencionar el hecho de que la aplicación de la normativa en concreto, debería de guiarse por los parámetros de igualdad, no discriminación, dignidad y demás derechos reconocidos por su calidad de peruano.

---

la segunda esta la aplicación judicial, donde deberá de primar el fin u objetivo retributivo de la pena, sin dejar de tomar en cuenta la función preventiva. En tercer lugar la ejecución de la pena, que se direccionara a la resocialización del delincuente (Alcocer, E. - 2014)

[16] Estas funciones que el legislador le está atribuyendo a la pena es conocida como **populismo punitivo**, debido a que actúa en atención a controversias sociales o la mediatización del delito o hecho, que plantean como respuesta inmediata el aumento o incremento desmesurado de la pena.

[17] Rosas, M. (2013) *Sanciones penales en el sistema jurídico peruano.* Disponible en: https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/7620EFA610E504C205257D270070381F/$FILE/06ROSAS.pdf

3.3 Limitativas de derechos

Por otro lado, tenemos a las penas limitativas de derecho, tal vez la más extensa o la que debería de interesar más al desarrollo del presente trabajo, en la medida de que mediante esta modalidad de pena, establecieron criterios limitativos de derechos distintos a los de la libertad de locomoción.

Precisamente, la normativa[18] mediante el Art. 31 establece tres modalidades o clases de limitaciones de derecho. En primer lugar, se encuentran las denominadas Prestaciones de servicio a la comunidad, que desarrolla un flanco sumamente importante al respecto de la limitación del derecho a la libertad de trabajo; mediante las imposiciones de trabajo gratuito en entidades, como modelo de condena nacional. En segundo lugar, tenemos a las limitaciones de días libres, que en líneas semejantes a las anteriores señaladas establece obligaciones hacia los condenados para la realización de actividades educativas, psicológicas, culturales, laborales en entidades públicas los días feriados, sábados y domingos.

Por último, se encuentra regulada la modalidad de inhabilitación del condenado. En esencia, esta modalida se desarrolla de forma extensa, en atención a diferentes factores, tales como el delito por el que es condenado de forma específica el sujeto, las modalidades en las que se va imponer la sanción de inhabilitación[19]. Respecto al primer caso, el Art. 36 se encarga de desarrollar los mecanismos o formas en las que resultaría aplicable la inhabilitación de derechos del condenado.

3.4 Penas multa

Como último mecanismo de pena reconocido, hasta la fecha, por nuestro marco normativo se encuentra las penas multa, que son entendidas como las obligaciones de pago del condenado, a favor del Estado, que se imponen bajo la modalidad de Días- Multa; desarrollado de forma exclusiva mediante los Art. 41 y siguientes del Código Penal.

4 Delito de omisión a la asistencia familiar

4.1 Bien jurídico tutelado

Conforme a lo señalado por Ruiz, M. (2004) el bien juridico protegido del delito de omisión a la asistencia familiar es el de la protección a la familia, bajo la perspectiva de apoyo familiar indispensable que requiere una persona dependiente de otra. En este delito de forma concreta se busca salvaguardar el concepto de alimentos establecido en el Código Civil[20]; es por ello que al encontrarse ligado

[18] Código Penal

[19] Puede imponerse de forma principal o accesoria a otra pena, conforme lo establezca el mismo artículo para el hecho punible y al criterio del magistrado, conforme a lo establecido en el Código Procesal Penal.

[20] Art. 472 Código Civil.- Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidad de la familia. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto

dichos elementos indispensables para la existencia de los menores y que cuentan con amplia relevancia de protección por parte del Estado[21], que el Derecho penal busca su protección el incumplimiento de la obligación alimenticia.

En consecuencia, el bien jurídico protegido del delito de omisión a la asistencia familiar es la Familia, bajo su sub tipo de asistencia familiar, salvaguardando la supervivencia de los dependientes y las obligaciones del Estado para hacer posible su ejecución y cumplimiento, conforme a los tratados internacionales y en calidad de derecho fundamental establecido por la Constitución.

4.2 Naturaleza del delito

En doctrina casi por unanimidad se ha logrado establecer que el delito de omisión a la asistencia familiar es de naturaleza permanente, toda vez que la situación antijurídica es prolongada por un tiempo indeterminado y sin interrupción alguna. Ejemplos clásicos de la naturaleza jurídica permanente tenemos al secuestro, que de la misma forma de los delitos de secuestro se mantiene hasta que la vulneración a los derechos o bienes jurídicos protegidos se restauren, en el secuestro mediante el soltar a la víctima y en el delito de omisión a la asistencia familiar mediante el pago de las obligaciones alimenticias.

Por otra parte, otro sector de la doctrina señala que pueden ser considerados como delitos continuos, debido a la modalidad a la que se encuentra supeditada el pago de los alimentos, ello quiere decir que de forma continua mensualmente se estaría cometiendo el mismo delito, empero, debido a la naturaleza jurídica de los delitos continuados, establecido en el Art. 74 del Código Penal se estarían considerando y juzgando como un único delito, bajo la salvedad de la constante actualización de los devengados impagos.

Al particular, nos alineamos a la segunda postura, en la medida de que la obligación alimentaria es constante y se mantiene en el tiempo, por ende, su cumplimiento debería de ser obligatorio de forma mensual consecutiva, hecho que de su incumplimiento devendría en una realización sucesiva del delito de [idéntico] de omisión a la asistencia familiar, que deberá y es computada como un único delito.

[21] Ruiz, M. (2004) *Delito de omisión a la asistencia familiar, reflexiones, y propuesta para la mejor aplicación de la normatividad que la regula.* Disponible en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/39f6de8046d4713da1aea144013c2be7/delito_omision_asistencia_familiar+C+4.+10.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=39f6de8046d4713da1aea144013c2be7

4.3 Naturaleza jurídica de la asistencia familiar

4.3.1 Derecho de alimentos

Por otro lado, para poder entender a mayor precisión la naturaleza del delito de omisión a la asistencia familiar, es indispensable centrar el análisis a lo que busca proteger. Para lo cual es indispensable hacer una clara distinción de la definicion gramatical de alimentos con su verdadera relevancia y concepción jurídica; puesto que para la RAE[22] los alimentos se pueden definir como "Conjunto de sustancias que los seres vivos comen o beben para subsistir."; mientras que para el entender jurídico los alimentos representan mucho más que su definicion gramatical o lingüística, en la medida de que mediante este derecho se suministra recursos indispensables para los alimentistas, tales recursos como la alimentación *per se,* la educación, la asistencia médica, vestimenta, entre otros.

Es debido a su amplia concepción jurídica y el hecho de que engloba una serie de elementos[23], que se desprende la problemática de cual debería de ser la naturaleza jurídica de los alimentos, si debería de entenderse como un derecho puramente patrimonial o un derecho personal, pugna que es indispensable para poder entender los alcances punitivos de su incumplimiento; conforme se desarrolla a continuación.

4.3.1.1 Naturaleza patrimonial

En primer lugar se encuentra la postura patrimonial, que cuenta como máximo exponente a Francesco Messineo[24] quien desarrolla los argumentos de la presente postura, en atención a los siguientes puntos. En primer lugar señalan que la utilización del monto económico destinado para los alimentos es única y exclusiva del alimentista, quien se encargara de distribuir el dinero y su modo de empleo.

Asimismo, otro argumento señalado a favor de esta postura es la posibilidad de que la obligación desaparezca con la inexistencia de alguno de los dos sujetos, lo cual, para la percepción del tratadista representa una clara alusión a la naturaleza jurídica patrimonial del derecho de alimentos; sin perjuicio de que su forma de subsidio es pura y únicamente económica, bajo cualquiera de sus modalidades.[25]

4.3.1.2 Naturaleza personal

Por otro lado, y bajo una postura totalmente antagónica se encuentra la que defiende a los alimentos bajo la naturaleza de la percepción personal y/o extra-patrimonial, en la medida de que atiende una necesidad básica vinculada a la

---

[22] Real Academia Española. *Concepto de alimentos.* Disponible en: https://dle.rae.es/alimento

[23] Alimentación *per se,* la educación, la asistencia médica, vestimenta, entre otros

[24] Conforme a lo citado por Gonzalez, C. (2007) *El derecho de alimentos desde la perspectiva de los derechos fundamentales.*

[25] Los alimentos pueden brindarse mediante especias u/o alguna otra forma distinta a la prestación de pago pensional, conforme a lo establecido en el Art. 484 del Código Procesal Civil.

familia y a la supervivencia del alimentista; razón por la que la prestación economica no es un valor independiente de la persona y no puede ser utilizada de forma aleatoria por el mismo, debido a su objetivo o fin normativo, el cual es la subsistencia del alimentista.

Asimismo, se regula el hecho de que la prestación de alimentos no constituye un activo para el alimentado, debido a que su objetivo principal no es la de brindar un incremento patrimonial, sino que se encuentra ligado a brindar subsistencia al mismo; hecho que "la excluye en su totalidad de relaciones individuales libres de contenido económico" [26]

4.3.1.3 Naturaleza Sui Generis

Por último se encuentra la postura mixta, que desarrolla al derecho de alimentos como un derecho *sui generis*, debido a que lo clasifica como un derecho patrimonial con características personales. Los fundamentos del autor Campos, citado por Gonzalez, C. (2007) se centra en el hecho de que a *prima facie* el derecho a alimentos si constituye un incremento patrimonial o hasta incluso se podría hacer ver como un activo económico para el alimentado, debido a que general se representa mediante el pago de una pensión económica constante y mensual; monto del que el alimentado puede disponer libremente, en atención a sus propias necesidades y/o prioridades.

4.3.1.4 Postura adoptada

Como se ha podido detallar, existen una serie de argumentos y posturas que respaldan la naturaleza jurídica de los alimentos, argumentos que se mantienen vigentes a lo largo de los años debido a lo conflictivo que resultaría el entender la naturaleza jurídica de esta, tan importante institución. Sin perjuicio de ello, en lo personal, considero que la naturaleza jurídica del derecho de los alimentos es personal, con rasgos mixtos, debido a los siguientes puntos.

En primer lugar, podemos alinearnos a los fundamentos establecidos por la postura de la naturaleza personal, en la medida de que el objetivo principal de los derechos alimentarios se encuentra centrada en la protección familiar, por ende, no puede ser entendida como una obligación puramente patrimonial.

En segundo lugar, conforme a lo detallado por la postura patrimonial, se cree y argumenta que son obligaciones de naturaleza patrimonial que mantiene cierto de grado de autonomía, hecho que puede ser fácilmente rebatido mediante la interpretación de lo regulado por el Art. 487 y Art. 5, en la medida de que los dos mantienen la naturaleza de irrenunciabilidad del derecho, naturaleza propia de los derechos fundamentales de la persona y/o derechos personales [humanos].

En tercer lugar, haciendo un análisis comparativo, conforme al tema materia de estudio, la Constitución Política del Estado regula de forma literal mediante el Art. 2 Inc. 24 Literal C. que se encuentra prohibida la cárcel por

[26] Gonzalez, C. (2007) *El derecho de alimentos desde la perspectiva de los derechos fundamentales.*

deudas [patrimoniales] hecho al que se encuentra exceptuado el incumplimiento a los deberes alimentarios, en atención a su naturaleza jurídica, conforme a lo también dispuesto por el Art. 4 del mismo cuerpo normativo, ergo, podemos afirmar que debido a la exclusión literal que existe en nuestra norma constitucional sobre la cárcel por deudas alimentarias, se está reconociendo su calidad *sui generis* de derecho personal con rasgos patrimoniales.

Por último, conforme a los argumentos señalados con anterioridad, el derecho de alimentos es un derecho personal o extrapatrimonial, con características mixtas; debido a que es un derecho irrenunciable, intransigible e intrasmisible que se manifiesta o exterioriza mediante el pago de un monto en calidad de pensión alimentaria [característica patrimonial]; es por dicha razón que se encuentra como la excepción *sui generis* de la cárcel por deuda, reconocida por la constitución y diferentes tratados internacionales.

5 Adecuación de la pena -Trabajo obligatorio

Conforme a los lineamientos antes señalados, la pena del delito de omisión a la asistencia familiar, tiene hasta un amparo constitucional debido a su naturaleza jurídica y el objetivo de protección de bienes jurídicos. Empero, pese a las nobles intenciones con las que se buscó regular dicho incumplimiento de obligaciones, en la actualidad están surgiendo una serie de inconvenientes de cumplimiento y de ejecución de sentencias de alimentos[27], que por sí mismo no puede ser salvaguardado por la pena prevista en el código penal.

Es por ello que se pretende buscar como mecanismo de solución la adecuación de la pena para el delito de omisión a la asistencia familiar, conforme a los siguientes fundamentos que se precisan.

5.1 Fundamentos

5.1.1 Principio de Interés superior del niño

El elemento indispensable a analizar en los procesos penales, donde se encuentra en disputa la necesidad de un menor es el interés superior del niño, derecho fundamental y obligación internacional del Estado frente a cualquier interpretación y cualquier decisión adoptada. Por ello, este derecho cuenta con una doble dimensión, en primer lugar entendida como prerrogativa de los niños, niñas y adolescentes a ser titulares de derechos, escuchados, no ser discriminados y ser protegidos por sus padres, la sociedad y el Estado; asimismo, se encuentra la dimensión de obligación social e internacional del Estado para proteger y adoptar medidas de protección a corto, mediano y largo plazo a favor de los menores.

En el caso concreto, se puede evidenciar que la imposición de la medida-cárcel- para aquellos que incumplen la obligación de prestar alimentos mantenía

[27] Conforme a lo señalado por el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, a la fecha de la emisión de la nota de prensa [21 de Septiembre del 2022] la suma que se va acumulando por deuda alimentaria es superior a S/. 57´139, 981.00 (cincuenta y siete millones, ciento treinta y nueve mil novecientos ochenta y un soles), monto que viene subiendo mes a mes.

una finalidad preventiva en la sociedad, fin que no se está cumpliendo, mas por lo contrario se está afectando a los menores, debido a que los morosos que no cumplieron con sus obligaciones alimenticias son recluidos en centros penitenciarios, en consecuencia, no generando ningún cambio en el incumplimiento de obligaciones.

Por ello, en atención a las obligaciones del Estado, se formula la posibilidad de la adecuación de la pena del delito de omisión a la asistencia familiar, para que se encuentre, en la medida de lo posible, direccionada al cumplimiento de la obligación primigenia.

5.1.2 Principio de resocialización

Asimismo, conforme se ha venido desarrollando a lo largo del trabajo, la pena que se ejecuta mediante el Código Penal, que permite el ejercicio del *Ius Punendi*, se encuentra ciertamente delimitado y restringido en atención a fines y principios máximos de aplicación, entre los cuales se encuentra el de resocialización; principio que no se puede determinar su cumplimiento en el caso concreto, en la medida de que nuestra normativa aparenta haber regulado la pena de los delitos de omisión a la asistencia familiar bajo una perspectiva preventiva de cumplimiento, coaccionando el cumplimiento de la obligación con posibles consecuencias punitivas.

En la actualidad, al margen de que no cumple con sus objetivos planteados a nivel primigenio, la pena tampoco cumple con los objetivos resocializadores del procesado, en la medida de que mientras se encuentra dentro de los centros penitenciarios su nivel adquisitivo se disminuye considerablemente, en consecuencia se imposibilita o se vuelve más complicado cumplir con la obligación que dio origen a la condena.

Por ello, debido a que no se cumplen los parámetros generales establecidos para las imposiciones de la pena, y el hecho de que tampoco guarda relación con la teoría general y especial de la misma[28] se debería de imponer una serie de modificaciones a la pena, con el objetivo de ajustar su imposición con el grado de lesividad que genere y salvaguardando una eficaz resocialización del sujeto infractor y el cumplimiento de su obligación alimenticia, al amparo de la protección del interés superior del niño.

5.1.3 Función tuitiva del Estado

Por último, podemos precisar que la función tuitiva del Estado se encuentra íntimamente ligado con los dos elementos señalados con anterioridad, toda vez que la calidad de garante del mismo se encuentra íntimamente relacionado con el

[28] La *inocuizacion* se manifiesta mediante una función preventiva, toda vez que extrae al delincuente de la sociedad con la finalidad de evitar que exprese su peligrosidad en la sociedad, que se manifiesta mediante las penas altas privativas de la libertad, pena de muerte u otra de alta afectación. Mientras que la pena *admonitora* es aquella que se refleja mediante penas de mayor afectación tales como las no privativas de libertad y penas cortas privativas de libertad, expresado básicamente hacia los delincuentes ocasionales o habituales resocializables

interés superior del niño y la correcta imposición de las penas o el correcto ejercicio del *Ius Punendi.* Es por ello, que en cumplimiento de su función *tuitiva* el Estado se encuentra obligado a realizar los cambios necesarios a la normativa respecto a su calidad de garante y protectora de la sociedad con la imposición una pena idónea, en atención a su calidad de garante con los alimentos y la protección intereses protegidos de los menores.

Es en ese contexto y mediante el ejercicio de dichas obligaciones que se presenta el modelo de adecuación de la pena del delito de omisión a la asistencia familiar a un modelo de pena limitativa de derechos, bajo la modalidad de trabajo forzado para satisfacer las necesidades alimentarias de los menores, en atención a la función tuitiva del Estado, la protección del interés superior niño y el correcto funcionamiento del *Ius Punendi,* elemento ligado a la función resocializadora de la pena y los criterios teóricos adoptados por el Estado peruano.

5.2 Trabajo obligatorio en el delito de omisión a la asistencia familiar y la Constitución Política del Perú.

Una vez analizado los argumentos que amparan la imposición de un trabajo obligatorio por el Estado, es indispensable analizar la figura de "trabajo obligatorio" conforme a la regulación constitucional, para delimitar su amparo normativo conforme al bloque de constitucionalidad.

5.2.1 La doble percepción del derecho al trabajo

La constitución Política del Perú de 1993,

5.2.1.1 Deber

5.2.1.2 Derecho

5.3 Trabajo obligatorio en el delito de omisión a la asistencia familiar y los Tratados Internacionales

5.3.1 Los derechos laborales reconocidos en la OIT

5.3.1.1 Abolición del trabajo infantil

5.3.1.2 Derecho a no discriminación

5.3.1.3 Derecho de libertad sindical

5.3.1.4 Derecho no trabajo forzado

5.3.2 La prohibición al trabajo forzado

5.3.2.1 Naturaleza jurídica prohibición de trabajo forzado

5.3.2.2 Excepciones a la prohibición del trabajo forzado

5.3.3 Diferencia trabajo obligatorio para el delito de omisión asistencia familiar y trabajo comunitario

5.3.3.1 Naturaleza Jurídica de trabajos comunitarios

5.3.3.2 Naturaleza Jurídica de trabajo obligatorio

5.4 Adecuación Normativa

5.5 Requisitos de aplicación

CONCLUSIONES

REFERENCIAS

Carnero, F (2017). "Análisis del delito de feminicidio en el Código Penal Peruano con relación al principio de mínima intervención y la prevención general como fin de la pena. Universidad de Piura, Perú Recuperado de: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3432/DER_115.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Comision Nacional de los Derechos Humanos (2018) *"El interes superior de niños, niñas y adolescentes, una consideración primordial"* Recuperado de: https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/Ninez_familia/Material/cuadri_interes_superior_NNA.pdf

Rodríguez, P (2010). "Análisis jurídico de la prevención general de la pena como consecuencia del delito", Guatemala. Recuperado de:

https://docplayer.es/amp/95499539-Universidad-de-san-carlos-de-guatemala-facultad-de-ciencias-juridicas-y-sociales.html

S/A.(s/f) "Teorias de la Pena. Investigación". Recuperado de: https://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/materiales/extorsion/Teorias_pena_investigacion.pdf

Lopez, L. (s/f) "APUNTES SOBRE LA PREVENCION ESPECIAL O INDIVIDUAL DE LA PENA" Recuperado de: https://derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Prevencion_Especial.pdf

Ulloa, A. (2010) "Fundamentación de la pena necesaria y modelo de Estado" Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28398.pdf

Tribunal Constitucional del Perú (2005) Sentencia recaída en el Exp N° 0019-2005-PI/TC. Recuperado de: https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00019-2005-AI.pdf

S/A. (2017) *"Omision a la asistencia familiar- Tendencia Jurisprudencial"* Jurisprudencia Penal. Recuperado de: https://www2.congreso.gob.pe/sicr/biblioteca/Biblio_con.nsf/999a45849237d86c052577920082c0c3/D75CDF4F1BCA50D4052580C0007165BE/$FILE/DIALOGOCONLAJURISPRU125.PDF

.

Poder Judicial (2022) *"Deudores alimentarios morosos registran deudas por mas de 57 millones de soles a nivel nacional"* Recuperado de: https://www.gob.pe/institucion/pj/noticias/653571-deudores-alimentarios-morosos-registran-deudas-por-mas-de-57-millones-de-soles-a-nivel-nacional

Ruiz, M. (2004) *"EL DELITO DE OMISION A LA ASISTENCIA FAMILIAR, REFLEXIONES, Y PROPUESTA PARA LA MEJOR APLICACIÓN DE LA NORMATIVIDAD QUE LA REGULA"* Recuperado de: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/39f6de8046d4713da1aea144013c2be7/delito_omision_asistencia_familiar+C+4.+10.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=39f6de8046d4713da1aea144013c2be7

Zapata, A. (s/f) *"Las modificaciones al concepto de alimentos en el derecho civil peruano"* Recuperado de: http://arturozapataavellaneda.blogspot.com/2015/05/articulo-las-modificaciones-al-concepto.html#:~:text=%2D%20El%20derecho%20alimentario%20tiene%20naturaleza,de%20car%C3%A1cter%20extrapatrimonial%20o%20personal